

VU Research Portal

Welke overtreding van de mededingingsregels is een 'ernstige beroepsfout'? Nieuwe Boetebeleidsregel ACM legt weeffout Aanbestedingswet bloot en maakt GVA weigeren onmogelijk

Geursen, W.W.

published in

Tijdschrift Aanbestedingsrecht

2014

document version

Peer reviewed version

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Geursen, W. W. (2014). Welke overtreding van de mededingingsregels is een 'ernstige beroepsfout'? Nieuwe Boetebeleidsregel ACM legt weeffout Aanbestedingswet bloot en maakt GVA weigeren onmogelijk. *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, 2014(5), 205-218. [253].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

This is a postprint of

**Welke overtreding van de mededingingsregels is een 'ernstige beroepsfout'?
Nieuwe Boetebeleidsregel ACM legt weeffout Aanbestedingswet bloot en maakt
GVA weigeren onmogelijk**

Geursen, W.W.

Tijdschrift Aanbestedingsrecht, 2014(5), 205-218

Published version: no link available

Link VU-DARE: <http://hdl.handle.net/1871/52108>

(Article begins on next page)

Welke overtreding van de mededingingsregels is een 'ernstige beroepsfout'?

Nieuwe Boetebeleidsregel ACM legt weeffout Aanbestedingswet bloot en maakt GVA weigeren onmogelijk

Mr. W.W. Geursen

Sommige overtredingen van de mededingingsregels worden als 'ernstige beroepsfout' aangemerkt. Dat is een (facultatieve) grond om de overtreder van die regels uit te sluiten van een aanbesteding. Die overtredingen worden (ook) meegenomen in de beoordeling van de aanvraag van een Gedragsverklaring Aanbesteden (GVA). Alleen wanneer een (rechts)persoon is beboet voor een *zware* of *zeer zware* overtreding van de Mededingingswet kan de Minister van Veiligheid en Justitie een GVA weigeren;¹ diens gevolg dient de GVA bij minder zware overtredingen gewoon te worden verleend. De kwalificatie van (zeer/minder) zware overtreding diende de Autoriteit Consument en Markt (ACM) – en voorheen de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) – in haar boetebeschikkingen te geven om de hoogte van de boete te bepalen. Per augustus jl. is een nieuwe systematiek van beboeting ingevoerd met de Boetebeleidsregel ACM 2014,² waarbij de kwalificatie van de zwaarte van de overtreding achterwege kan blijven. Als die kwalificaties in toekomstige boetebeschikkingen van de ACM zullen ontbreken, is het naar de letter van de Aanbestedingswet niet (meer) mogelijk een GVA te weigeren aan door de ACM beboete (rechts)personen.

1. Onderzoeksvraag en opbouw

In deze bijdrage zal ik daarom op zoek gaan naar het antwoord op de vraag of een GVA (nog) wel kan worden geweigerd wanneer er sprake is van een onherroepelijke boete wegens overtreding van het kartelverbod van art. 6 Mededingingswet (Mw) en/of misbruik van machtspositie van art. 24 Mw,³ zónder dat de gedraging daarin wordt gekwalificeerd als (zeer) zware overtreding, nu de boetesystematiek van de Boetebeleidsregel ACM 2014 daarin niet (meer) voorziet.

¹ Volgens art. 4.10 lid 1 sub c Aanbestedingswet voor natuurlijke personen die een GVA hebben aangevraagd en volgens art. 4.10 lid 2 sub c Aanbestedingswet voor rechtspersonen die een GVA hebben aangevraagd.

² Stcrt. 2014, 19776.

³ De EU-rechtelijke evenknieën – art. 101/102 VWEU – blijven buiten beschouwing, omdat een GVA wordt geweigerd wanneer er sprake is van een onherroepelijk boetebeschikking wegens overtredingen van die bepalingen, zonder dat daar al dan niet de kwalificatie van (zeer) zware overtreding aan is gegeven. De Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 licht toe dat "[o]nherroepelijke sancties wegens overtreding van de Europese mededingingsregels waarbij geen boete-immuniteit of boetevermindering is verleend leiden op grond van het eerste lid, onderdelen a, onder 2°, en b, onder 2°, altijd tot weigering van de gedragsverklaring aanbesteden. In die gevallen is sprake van grensoverschrijdende mededingingsovertredingen, die per definitie als ernstig moeten worden aangemerkt, omdat sprake is van een grensoverschrijdend belang." (TK 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 113).

Om dat antwoord te vinden, zal ik eerst ingaan op de beweegredenen van de wetgever dat alleen (zeer) zware overtredingen van de Mededingingswet leiden tot een weigering van de GVA (par. 2.1) gevolgd door wat enerzijds als (zeer) zware en anderzijds als minder zware overtredingen had te gelden onder de oude boetesystematiek (par. 2.2). Daarna volgt een kritische beschouwing daarvan (in par. 2.3) vanuit

- a) de systematiek van de Aanbestedingswet zelf, waaruit blijkt dat de door de wet vereiste kwalificatie van de zwaarte van de overtreding helemaal niet nodig was geweest en een onbeoogd gevolg heeft;
- b) de decentrale handhaving van de mededingingsregels in de EU, die door de Aanbestedingswet is miskend, waardoor een overtreding van art. 101/102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) die wordt geconstateerd door de ACM, een nationale mededingingsautoriteit van een andere lidstaat of een (civiele) rechter niet in de beoordeling van de GVA wordt betrokken; en
- c) de manier waarop de schending van de mededingingsregels als 'ernstige beroepsfout' is aangemerkt in de Aanbestedingswet, omdat dat versnipperd en onvolledig in die wet is opgenomen en waarin het opzetvereiste ontbreekt, dat het Hof van Justitie van de EU (HvJEU) formuleerde in zijn arrest in de *Forposta*-zaak.⁴

Vervolgens zal de eveneens per 1 augustus jl. van kracht geworden nieuwe Beleidsregel clementie de revue passeren, omdat ook daar een tekstuele mismatch blijkt tussen de Aanbestedingswet en de nieuwe beleidsregel. De eerste kartelleur⁵ die een kartel verklikt kreeg onder de oude regeling 100%-boetevermindering, maar krijgt nu boete-immuniteit. De Aanbestedingswet voorziet⁶ alleen in een GVA bij boetevermindering wegens clementieverlening en - naar de letter van de wet - niet in een GVA voor boete-immuniteit wegens clementieverlening door de ACM (par. 2.2). Dat zou kunnen betekenen dat de eerste clementieverzoeker aan wie boete-immuniteit wordt verleend door de ACM geen GVA meer zou kunnen verkrijgen (par. 3). Daarna zal ik vier mogelijke scenario's schetsen wat er zou kunnen gebeuren met GVA-aanvragen van overtreders van art. 6/24 Mw; zullen die zonder meer worden gehonoreerd, simpelweg omdat de kwalificatie van de zwaarte van de overtreding ontbreekt in de boetebeschikking van de ACM, of zullen die kunnen worden geweigerd in de geest van de wet of zullen de ACM of Minister van Veiligheid en Justitie alsnog over gaan tot kwalificatie van de zwaarte van de overtreding (par. 4)? Als de zwaarte van de overtreding in weerwil van de nieuwe Boetebeleidsregel ACM 2014 toch nog zal worden gekwalificeerd, dient zich tot slot de vraag op dat niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel, omdat die kwalificatie niet (meer)

⁴ HvJEU 13 december 2012, C-465/11, *Forposta* (n.n.g.), ECLI:EU:C:2012:801, r.o. 30; zie nader W.M. Ritsema van Eck, 'Poczta Polska SA: past performance en de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 45 lid 2 sub d van de Richtlijn', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2013/1, p. 26.

⁵ Een onderneming die het kartelverbod van art. 6 Mw/ art. 101 VWEU overtreedt, wordt in het mededingingsrechtelijke jargon wel kartelleur of kartellist genoemd. Alhoewel dit geen wettelijke term is, zal ik die hier kortheidshalve wel gebruiken in plaats van 'overtreder van het kartelverbod'. Zo gebruikte de toenmalige Voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMA Pieter Kalbfleisch de term kartelleur in zijn speech gehouden tijdens het congres 'Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2010' op 7 oktober 2010: www.acm.nl/nl/download/bijlage/?id=8007. En Rein Wesseling refereerde aan de kartellist in zijn oratie van 1 april 2010, 'De Kartelhel', Amsterdam: Vossiuspers UvA, 2010.

⁶ Art. 4.7 lid 1 sub c Aanbestedingswet.

kenbaar/voorzienbaar is (par. 5). Tot slot concludeer ik dat Boetebeleidsregel ACM 2014 een weeffout in de Aanbestedingswet blootlegt, die de wetgever kan repareren (par. 6).

2. GVA geweigerd bij (zeer) zware overtredingen

2.1. Beweegredenen wetgever om alleen bij (zeer) zware overtredingen GVA te weigeren

Een overtreding door een onderneming⁷ van het kartelverbod en/of het verbod op misbruik van machtspositie wordt aangemerkt als ernstige beroepsfout in de zin van art. 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet⁸ en is daarmee een facultatieve uitsluitingsgrond,⁹ dan wel een

⁷ De normadressaat van deze verboden is de 'onderneming'. In de EU-rechtelijke jurisprudentie is een onderneming gedefinieerd als een "economische eenhe[id] die bestaa[t] in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft"; Gerecht, 10 maart 1992, T-11/89, Shell (Jurispr. 1992, blz. II-757), r.o. 311. Ook het Nederlandse mededingingsrecht gebruikt deze jurisprudentiële definitie via art. 1 onderdeel f Mw. Een onderneming in het mededingingsrecht kan meerdere rechtspersonen omvatten. Als éénmaal een overtreding is vastgesteld en beboeting opportuun is, dienen binnen die economische entiteit de rechtspersonen te worden geïdentificeerd aan wie de overtreding kan worden toegerekend en aan wie de boete kan worden opgelegd; slechts aan juridische 'entiteiten' kan namelijk een boete worden opgelegd en niet aan de economisch entiteit die de overtreding heeft begaan. Vaak worden naast werkmaatschappijen dan ook moedermaatschappijen beboet; zie daarover nader bijvoorbeeld: B.A. Nijs, 'Aansprakelijkheid moederonderneming: een update', *Tijdschrift mededingingsrecht in de praktijk* 2013/8, p. 291. Dat heeft ook zijn weerslag op de aanvraag van een GVA: welke juridische entiteiten binnen één onderneming (grosso modo: binnen één concern/groep) zijn beboet en welke niet en welke juridische entiteit krijgt dan geen GVA waardoor die kan worden uitgesloten. Zie over dat spanningsveld nader: M. Hengevelt, 'Interactie tussen het aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht: van hetzelfde laken een pak', *Markt & Mededinging* 2011/4, p. 128. Overigens heeft het HvJEU dit spanningsveld mijns inziens lastiger gemaakt door in de *Forposta*-zaak te oordelen dat "het begrip „ernstige fout” (...) niet kan worden vervangen door het begrip aan de betrokken marktdeelnemer „toerekenbare omstandigheden”", waarbij dient te worden opgemerkt dat de toerekenbaarheid in die zaak werd bepaald door nationaal Pools recht, terwijl de toerekenbaarheid van mededingingsrechtelijke gedragingen aan rechtspersonen binnen één onderneming een door het HvJEU zelf gedefinieerde doctrine is; allicht dat het HvJEU daar dan minder moeite mee heeft; HvJEU 13 december 2012, C-465/11, *Forposta* (n.n.g.), ECLI:EU:C:2012:801, r.o. 33.

⁸ Althans in de Memorie van Toelichting op de Aanbestedingswet wordt in de artikelsgewijze toelichting gesproken over "overtredingen van de Mededingingswet" (TK 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 80). Dat is trouwens niet heel specifiek, aangezien de mededingingswet naast deze allicht bekendste verboden ook allerlei ge- en verboden kent die bij overtreding kunnen worden beboet (zoals informatieverplichtingen en het melden van concentraties; zie over die andere overtredingen van de Mededingingswet nader hierna in par. 2.3.a). Bovendien worden op deze manier de EU-rechtelijke evenknieën van deze verboden buiten schot gehouden, terwijl dat duidelijk niet de bedoeling was, getuige dat bij de beoordeling van een GVA-aanvraag ook boetebeschikkingen van de Commissie wegens overtreding van art. 101/102 VWEU worden betrokken (zie par. 2.3.c, hierna).

⁹ Let wel: op deze facultatieve uitsluitingsgrond is het proportionaliteitsbeginsel van art. 2.88 sub c Aanbestedingswet van toepassing. Als een aanbestedende dienst de ernstige beroepsfout als uitsluitingsgrond heeft aangemerkt, leidt een onherroepelijk boetebeschikking van de ACM/Commissie niet tot uitsluiting van de aanbesteding als dat disproportioneel zou zijn. Daarnaast kan de aanbestedende dienst afzien van uitsluiting wanneer "de gegadigde of inschrijver naar het oordeel van de aanbestedende dienst voldoende maatregelen heeft genomen om het geschonden vertrouwen te herstellen" op grond van art. 2.88 sub b Aanbestedingswet. Meer concreet ten aanzien van het mededingingsrecht kan een overtreder dat vertrouwen proberen te herstellen door een - in het vakjargon zo genoemd - *Compliance Programma* in te voeren (vaak met trainingen van de commerciële medewerkers in *do's&don'ts* in het mededingingsrecht), waarmee overtredingen in de toekomst dienen te worden voorkomen; zie bijvoorbeeld: R. Elkerbout, 'Robuuste compliance-programma's verdienen meer dan een lipdienst van de ACM', *Tijdschrift mededingingsrecht in de praktijk* 2014/1, nr. 127, p. 26. Wanneer een dergelijk *Compliance Programma* is geïmplementeerd, zou uitsluiting wellicht ook disproportioneel kunnen zijn. Zo valt in overweging 102 van de considerans van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (Pb 2014, L 94/65, die per 18 april 2016 dient te zijn omgezet en per die datum Richtlijn 2004/18 intrekt) te lezen dat "[a]ls zulke [compliance; WG] maatregelen voldoende garanties bieden, de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden [mag] worden uitgesloten". A contrario oordeelde de Rotterdamse Voorzieningenrechter ten aanzien van het door de NMa beboete taxibedrijf Zorgvervoercentrale Nederland B.V. (ZCN) dat uitsluiting niet disproportioneel was, mede omdat het aanwezige *Compliance Programma* dat na de beboeting was opgesteld nog niet was geïmplementeerd op het moment van inschrijving; Rechtbank Rotterdam, 26 april 2013, Zorgvervoercentrale Nederland B.V. t. de Gemeentes Barendrecht, Albrandswaard, Ridderkerk, (ECLI:NL:RBROT:2013:CA2535), in hoger beroep bevestigd door Gerechtshof Den Haag, 25 juni 2013 (ECLI:NL:GHDHA:2013:2081), r.ov. 4.18.

ongeldigheidsgrond van de inschrijving¹⁰ onder het Aanbestedingsreglement Werken 2012.¹¹ Blijkens art. 2.89 lid 2 Aanbestedingswet kan een inschrijver aantonen dat hij geen mededingingsrechtelijke overtreding heeft begaan door middel van een GVA die niet langer dan twee jaar geleden is afgegeven.¹² Bij de beoordeling van de aanvraag van de GVA worden alleen onherroepelijke boetebeschikking(en) van de ACM of Europese Commissie meegenomen;¹³ De vereiste onherroepelijkheid leidt er bijvoorbeeld toe dat wanneer de aanbesteding in kwestie is 'ge-bid-rigd' en de dienst die die aanbesteding heeft uitgeschreven of andere inschrijvers daarover sterke vermoedens/aanwijzingen hebben, de verdachte inschrijvers (nog)¹⁴ niet kunnen worden uitgesloten.¹⁵ De aanbesteding zou misschien wel opnieuw kunnen worden aanbesteed.¹⁶ De Minister van Veiligheid en Justitie beoordeelt de GVA/aanvragen en geeft die gedragsverklaringen af, zodat aanbestedende diensten niet "*op eigen en dus verschillende wijze [hoeven] te toetsen op mededingingsovertredingen.*"¹⁷

In de Aanbestedingswet is een – wat mij betreft ietwat omslachtige – 'tweetrapsraket' opgenomen voor de beoordeling en weigering van de aanvraag van een GVA met allerhande terug- en doorverwijzingen. In art. 4.7 Aanbestedingswet staat beschreven wat de Minister van Veiligheid en Justitie dient te betrekken in zijn oordeel, om vervolgens in art. 4.10 Aanbestedingswet (onder

¹⁰ Ex art. 4.24 lid 3/7.16 lid 3/10.5 lid 3 ARW 2012, resp. ongeldigheid van de aanbieding (bij onderhandelingen) ex art. 5.25 lid 5/6.21 lid 4 ARW 2012.

¹¹ Stcrt. 2013, nr. 3075.

¹² Dat roept bij mij overigens wel de vraag op wat het rechtsgevolg is van boetebeschikkingen die binnen de tweejaars periode van afgifte van de GVA en inschrijving onherroepelijk zijn geworden. Zijn de daarin geconstateerde overtredingen dan niet aan te merken als ernstige beroepsfout in de zin van in de zin van art. 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet? En wat doet dat met de bewijswaarde van de GVA ex art. 2.89 lid 2 Aanbestedingswet dat er *geen* ernstige beroepsfout heeft plaatsgevonden? Of dient dan in de Eigen verklaring te worden aangegeven dat er wel sprake is van een onherroepelijke boetebeschikking, maar dat die niet is meegenomen in de GVA, waardoor uitsluiting alsnog kan plaatsvinden? Deze vragen zijn buiten de orde van de onderzoeksvraag van deze bijdrage en laat ik derhalve rusten.

¹³ Alleen ten aanzien van de GVA geven art. 2.89 en art. 4.7 lid 1 sub c en d Aanbestedingswet expliciet aan dat de beschikking waarin de mededingingsrechtelijke overtreding wordt vastgesteld onherroepelijk dient te zijn. Vreemd genoeg geeft de uitsluitingsgrond van art. 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet *zelf* in het geheel niets aan over de benodigde onherroepelijkheid van de boetebeschikkingen; een overtreding van de Mededingingswet zou reeds voldoende zijn. Volgens *Prompers* zou het in strijd zijn met de onschuldpresumptie om nog niet onherroepelijke boetebeschikkingen als ernstige beroepsfout aan te merken; L.M.J.N. Prompers, 'Seller beware: uitsluiting van aanbestedingen op basis van een overtreding van het mededingingsrecht', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk* 2014/4, nr. 166, p. 26, op p. 28. Zie naar analogie een zaak van voor de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 over een (nog) niet onherroepelijk geworden boetebeschikking in de Maastrichtse groenvoorzieningzaak (NMa-zaak 4014); Voorzieningenrechter Rechtbank Maastricht, 9 maart 2006, Aannemingsbedrijf Growepa / Provincie Limburg (ECLI:NL:RBMAA:2006:AV4205), r.ov. 3.3.2.

¹⁴ Volgens art. 57 lid 4 onderdeel d van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (Pb 2014, L 94/65) wordt dit overigens wel een facultatieve uitsluitingsgrond: "wanneer de aanbestedende dienst over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te concluderen dat de ondernemer met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging".

¹⁵ Zie bijvoorbeeld: voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage, 14 oktober 2009, Welzorg Revalidatie Techniek B.V. t. gemeente 's-Gravenhage en EmCart Reha Team B.V., ECLI:NL:RBSGR:2009:BK0594, r.ov. 4.8.

¹⁶ Eventueel zou de ACM nog informeel kunnen ingrijpen. Zo rapporteerde de (toenmalige) NMa in een kwartaalbericht dat zij halverwege 2008 'ingreep' bij een aanbesteding in de bouwsector bij een niet nader genoemde gemeente; een verzoek op grond van de WOB tot openbaarmaking van de op deze zaak betrekking hebbende stukken werd afgewezen. Naar aanleiding van signalen over *bid rigging* bij die aanbesteding stuurde de NMa wat zij noemt 'waarschuwbrieven' aan de betrokken bouwbedrijven. De gemeente heeft de aanbesteding blijkbaar opnieuw uitgeschreven en kon de aanbesteding volgens de NMa gunnen "tegen een aanmerkelijk lager bedrag dan in de eerdere aanbestedingsronde mogelijk was"; NMa-nieuwsbericht van 7 november 2008, "NMa blikt terug op resultaten derde kwartaal", 28/08.

¹⁷ Memorie van Toelichting op de Aanbestedingswet (TK 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 19).

terugverwijzing naar art. 4.7 Aanbestedingswet en doorverwijzing naar de Mededingingswet) de weigeringsgronden op te sommen.

Volgens art. 4.7 lid 1 sub d Aanbestedingswet dient die Minister in zijn *beoordeling* te betrekken

"onherroepelijke beschikkingen van de Europese Commissie wegens overtreding van artikel 101 of artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie waarbij door de Europese Commissie geen boete-immuniteit of boetevermindering op grond van clementie is verleend."

Wat betreft de Nederlandse mededingingsregels heeft de wetgever dat cryptischer opgeschreven door niet te verwijzen naar de verboden van art. 6/24 Mw, maar te verwijzen naar de bepaling waarin de boetebevoegdheid van de ACM voor overtreding van die verboden is geregeld.¹⁸ Volgens art. 4.7 lid 1 sub c Aanbestedingswet dient de Minister van Veiligheid en Justitie in zijn *beoordeling* te betrekken

"onherroepelijke beschikkingen op grond van artikel 56 van de Mededingingswet waarbij door de Autoriteit Consument en Markt geen boetevermindering op grond van clementie is verleend".

Dat verplicht ons die bepaling uit de Mededingingswet erbij te nemen. In art. 56 Mw is bepaald dat de ACM een boete kan opleggen "[i]n geval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid [Mw]". Dat zijn overtredingen van het kartelverbod, respectievelijk het verbod op misbruik van een economische machtspositie.

Na de 'eerste trap' van de beoordeling, komt de 'tweede trap' waarin de weigeringsgronden moeten worden meegenomen. Art. 4.10 lid 1 sub c en lid 2 sub c Aanbestedingswet (lid 1 voor natuurlijke personen en lid 2 voor rechtspersonen) luiden gelijk en als volgt:

"Onze Minister van Veiligheid en Justitie weigert de afgifte van de [GVA] (...) indien (...) een beschikking [van de ACM; WG] als bedoeld in artikel 4.7, eerste lid, onderdeel c, waarin de overtreding wordt aangemerkt als zwaar of zeer zwaar, of een beschikking [van de Europese Commissie; WG] als bedoeld in artikel 4.7, eerste lid, onderdeel d, onherroepelijk is geworden."

Art. 4.10 lid 1 onderdeel c en lid 2 onderdeel c Aanbestedingswet verwijst dus integraal terug naar art. 4.7 lid 1 onderdelen c en d Aanbestedingswet met – let wel – de *toevoeging* dat daar waar het boetebeschikkingen van de ACM betreft, de overtreding dient te zijn gekwalificeerd als een

¹⁸ De boetebevoegdheid voor de Europese Commissie bij overtredingen van art. 101/102 VWEU is geregeld in art. 23 lid 2 onderdeel a Vo. 1/2003 (Pb 2003, L1/1). Die bepaling had dan ook kunnen worden opgenomen in art. 4.7 lid 1 sub d Aanbestedingswet, waardoor de systematiek gelijk was geweest.

zware of zeer zware overtreding. Als dat het geval is, zal de aangevraagde gedragsverklaring worden geweigerd.

In de Memorie van Toelichting (MvT) bij de Aanbestedingswet 2012 valt te lezen waarom die kwalificaties zijn toegevoegd als weigeringsgrond (alhoewel ik mij afvraag waarom die kwalificaties niet meteen in de beoordelingsgrond van art. 4.7 lid 1 onderdeel c Aanbestedingswet zijn opgenomen).¹⁹

*"Onherroepelijke beschikkingen van de NMa [nu ACM; WG] waarbij geen boetevermindering is verleend worden op grond van het eerste lid, onderdelen a, onder 2°, en b, onder 2°, meegewogen voor zover daaraan door de NMa de kwalificatie zwaar of zeer zwaar wordt gegeven. Hierdoor blijven overtredingen van formele voorschriften in de Mededingingswet (zoals het niet doen van een voorgeschreven melding of het niet verstrekken van gevraagde gegevens) buiten beschouwing."*²⁰

Volgens de wetgever zijn is de zwaarte van de overtreding van art. 101/102 VWEU niet van belang, omdat er dan

*"sprake [is] van grensoverschrijdende mededingingsovertredingen, die per definitie als ernstig moeten worden aangemerkt, omdat sprake is van een grensoverschrijdend belang."*²¹

De additionele voorwaarde dat een overtreding van art. 6/24 Mw zwaar of zeer zwaar moet zijn, is klaarblijkelijk toegevoegd om andere overtredingen van de Mededingingswet dan de overtreding van het kartelverbod van art. 6 en/of het verbod op misbruik van machtspositie van art. 24 Mw buiten beschouwing te laten. Die zijn niet ernstig genoeg om als 'ernstige beroepsfout' te worden aangemerkt.

2.2. Zwaarte van de overtredingen

De mededingingsrechtelijke achtergrond van de kwalificaties volgt uit de (oude) boetesystematiek van de ACM die tot 1 augustus jl. gold. Zij diende een overtreding te kwalificeren als (i) minder zware, (ii) zware, of (iii) zeer zware overtreding. Aan de hand van die kwalificatie kon vervolgens de zogenoemde ernstfactor worden bepaald. Dat was een rekenkundige factor van 1 tot en met 5.²² Daarnaast werd de boetegrondslag berekend door 10% van de betrokken omzet te nemen. De ernstfactor werd daarna met de boetegrondslag vermenigvuldigd, zodat een basisboete werd verkregen waar boeteverzwarende en -verminderende omstandigheden op worden losgelaten (zoals bijvoorbeeld recidive,

¹⁹ Naar de letter van de wet dient de Minister in zijn beoordeling alle boetebeschikkingen van de ACM wegens overtreding van art. 6 en/of 24 Mw te betrekken; dus ook de minder zware overtredingen (zie par. 3 hierna), om vervolgens de GVA alleen te weigeren bij (zeer) zware overtredingen.

²⁰ TK 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 113. Overigens voorzag het uiteindelijk niet door de Eerste Kamer aangenomen eerdere wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet überhaupt niet in de zwaarte van de overtreding en alleen in een verwijzing naar art. 56 Mw; art. 19 lid 7 onderdeel a van de (uiteindelijk niet aangenomen) Aanbestedingswet (TK 2005-2006, 30501, nr. 2).

²¹ TK 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 113.

²² Art. 2.6 leden 3 en 4 Boetebeleidsregel ACM 2013.

respectievelijk medewerking aan het onderzoek). Hoe zwaarder de overtreding, hoe hoger de ernstfactor en hoe hoger uiteindelijk de boete. In de toelichting op de (oude) Boetebeleidsregels 2013 valt daarover het volgende te lezen.

*"In de boetesystematiek voor overtredingen van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet en de artikelen 101 en 102 van het VWEU wordt de hoogte van de zogenaamde 'ernstfactor' bepaald door de zwaarte van de overtreding te beschouwen in samenhang met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. De zwaarte van de overtreding is in wezen een weging in abstracto van de gedraging die de overtreding vormt, terwijl de economische context kan worden aangeduid als de omstandigheden van het geval die bepalen hoe ernstig de overtreding in concreto is. In beginsel wordt de ernstfactor op een hogere waarde vastgesteld, naarmate de zwaarte van de overtreding toeneemt."*²³

Daarnaast was de kwalificatie noodzakelijk, omdat bovenop een hoge ernstfactor voor een zeer zware overtreding (met een hoge(re) boete als gevolg) ook nog eens een (basis)boetetoeslag kwam.²⁴

(a) (Zeer) zware overtredingen bij aanbestedingen: bid rigging en cover pricing

Als voorbeeld van (zeer) zware overtredingen bij aanbestedingen, valt te denken aan *bid rigging* en *cover pricing*,²⁵ waarbij *bid rigging* overigens (nog) ernstiger is. In haar beschikking omtrent mededingingsovertreding bij sloopwerkzaamheden in de regio Rotterdam constateerde de ACM dat er sprake was geweest van *cover pricing*,²⁶ waarbij zij opmerkte dat

*"anders dan bij zogenaamde 'klassieke' bid rigs, in het geval van cover pricing doorgaans de mate van concurrentie binnen de aanbesteding niet geheel wordt uitgeschakeld. ACM acht (...) cover pricing dan ook minder ernstig dan klassieke bid rigs."*²⁷

Daardoor valt een boete voor *cover pricing* (vaak wat) lager uit dan voor *bid rigging*.²⁸

²³ Toelichting op art. 2.3 Boetebeleidsregel ACM 2013 (Stcrt. 2013, 11214, p. 45).

²⁴ Art. 2.7 lid 1 Boetebeleidsregel ACM 2013.

²⁵ Er is geen wettelijke definitie van deze gedragingen. De ACM heeft de definitie die het Britse *Competition Appeals Tribunal* (CAT) aan die beide gedragingen heeft gegeven, overgenomen in haar eigen beschikkingen van 24 mei 2013 in zaak 7400/project Geuneburg, zaak 7401/project Kanaalweg en zaak 7403/projecten Woonzorgboerderij Bergambacht & Dilettant. Cover pricing "is materially distinct from "bid rigging" as ordinarily understood. Bid rigging implies an agreement or arrangement which determines, or assists in the determination of, the price which will actually be charged to the purchaser"; CAT 11 maart 2011, 2011 CAT 3 (Kier Group e.a./OFT), r.ov. 94.

²⁶ Beschikkingen van 24 mei 2013 in zaak 7400/project Geuneburg, zaak 7401/project Kanaalweg en zaak 7403/projecten Woonzorgboerderij Bergambacht & Dilettant en beschikkingen van 10 december 2012 in zaak 7249/Slopersbedrijven Rotterdam.

²⁷ Beschikking van 24 mei 2013 in zaak 7403/projecten Woonzorgboerderij Bergambacht & Dilettant, rnr. 173.

²⁸ Zo werd het basisboetebedrag in de beschikking van 24 mei 2013 in zaak 7403/projecten Woonzorgboerderij Bergambacht & Dilettant, rnr. 173 en 174 vermenigvuldigd met een ernstfactor 1,75 in plaats van 2 voor bid rigging in andere zaken.

(b) Minder zware overtredingen: verticale beperkingen en brancheverenigingen

Wat zijn dan minder zware overtredingen? Volgens de Minister van Economische Zaken die de Boetebeleidsregels 2013 heeft opgesteld zullen in de regel

*"verticale afspraken worden aangemerkt als minder zware overtredingen. Ook mededingingsbeperkende besluiten van ondernemersverenigingen die niet rechtstreeks zien op prijs en afzetmogelijkheden, zullen in de regel als minder zware overtreding worden aangemerkt"*²⁹

In relatie tot aanbestedingen heeft er bij mijn weten één zaak gespeeld met betrekking tot een mogelijke verticale beperking (een mededingingsbeperkende afspraak tussen leverancier en afnemer) in relatie tot een offerteaanvraag door een Gemeente. Dat betrof de 'aanbesteding' van een tweedehands IBM-server door de Gemeente Dinxperlo. Die gemeente had bij zeven leveranciers een offerte aangevraagd voor een tweedehands IBM server. De prijsverschillen van die offertes lagen binnen een bandbreedte van 5%. Volgens de gemeente was dat veroorzaakt doordat de leveranciers de prijsopgave hadden afgestemd met IBM en beklagde zich bij de (toenmalige) NMa. De NMa wees de klacht evenwel af.³⁰ Als de afnemer de wederverkoopprijs (lees: inschrijfprijs) van te voren had afgestemd met zijn leverancier, was dat inderdaad een mededingingsrechtelijk laakbare verticale afspraak zijn geweest;³¹ dat geldt zowel bij een offerteaanvraag zoals in casu, als bij een 'echte' aanbesteding waar de leverancier/producent invloed heeft op de inschrijfprijs van haar wederverkopers die op de aanbesteding inschrijven. Wat betreft mededingingsbeperkende gedragingen van brancheverenigingen ten aanzien van aanbestedingen, is er door de ACM geconstateerd dat brancheverenigingen zich bemoeiden met inschrijfprijzen³² of opriepen tot een boycot van een aanbesteding,³³ maar legde de ACM uiteindelijk geen boete op, omdat de ACM afzag van repressief handhaven via beboeting, maar gebruik maakte van een meer oplossingsgerichte vorm van handhaven door middel van het zogenoemde toezeggingsbesluit van art. 12h Instellingswet ACM (voorheen art. 49a Mw e.v.). Bij een toezeggingsbesluit blijft de constatering of er een overtreding heeft plaatsgevonden achterwege.³⁴ De brancheverenigingen zegden toe hun leven te beteren, waardoor beboeting achterwege bleef en de ACM dus niet toekwam aan kwalificatie (zeer of minder) zware overtreding van de gedraging. Evenwel zouden deze gedragingen van de betrokken brancheverenigingen mijn

²⁹ Toelichting op art. 2.6 Boetebeleidsregel ACM 2013 (Stcrt. 2013, 11214, p. 46).

³⁰ Zij oordeelde dat drie van zeven ondernemingen als agent optraden voor rekening en risico van IBM. Een agent is niet te beschouwen als een afzonderlijke onderneming van zijn principaal, waarmee er geen sprake is van "twee of meer ondernemingen" in de zin van het kartelverbod. Voor de overige vier leveranciers concludeerde de NMa dat er wel degelijk prijsverschillen waren en dat de aangeboden servers dermate van elkaar verschilden (de één met nieuwe onderdelen en de andere niet) dat zij niet kon concluderen dat er sprake was geweest van enige afstemming; NMa-Beschikking van 4 februari 1998 in zaak 146/Gemeente Dinxperlo/IBM.

³¹ Zie over verticale beperkingen bijvoorbeeld: Y. de Vries, N. Rutges-Al-Ani, S. Vollering, 'Verticale prijsbinding geen prioriteit?: elders wel', *Tijdschrift mededingingsrecht in de praktijk* 2014/1, nr. 44, p. 15.

³² NMa-beschikkingen van 21 augustus 2012 in zaak 7156/Coöperatief Transport Europa U.A. (CTE) en van 29 december 2011 in zaak 7245/Federatie Textielbeheer Nederland (FTN).

³³ NMa-beschikking van 29 december 2011 in zaak 7245/Federatie Textielbeheer Nederland (FTN).

³⁴ Zie daarover nader bijvoorbeeld: M.J. Frese, 'Het toezeggingsbesluit; kenmerken van een nieuw handhavingsinstrument', *Markt & Mededinging* 2007-2, p. 39; W.W. Geursen, 'De toezegging als alternatieve handhavingsmethode: niet repressief maar oplossingsgericht', *Actualiteiten Mededingingsrecht*, 8/2005, p. 183.

inziens *niet* als minder zware overtredingen hebben te gelden, omdat die wel rechtstreeks de inschrijfprijs en afzetmogelijkheden (te weten de boycot) betroffen. Dat zou wellicht anders kunnen zijn voor bijvoorbeeld mededingingsbeperkende elementen in erkennings-/keurmerkregelingen van brancheverenigingen, al dan niet gecombineerd met het lidmaatschap daarvan. In die regelingen kunnen kwaliteitseisen worden gesteld aan de leden. Dat zou vervolgens tot effect kunnen hebben dat een onderneming die wordt uitgesloten van een bepaald lidmaatschap/erkenning/keurmerk dat bijvoorbeeld wordt vereist bij een aanbesteding niet kan inschrijven, waardoor de groep (potentiële) inschrijvers wordt verkleind en de mededinging beperkt.³⁵ Wanneer die regeling een gesloten karakter heeft, de toelatingseisen niet vooraf, niet objectief en discriminerend zijn, de toelatingsprocedure niet transparant is, en er geen onafhankelijke beoordelingscommissie is die het finale oordeel velt, zal de regeling mededingingsbeperkend kunnen zijn³⁶ en allicht worden gekwalificeerd als een minder zware overtreding, omdat een dergelijke regeling niet rechtstreeks de prijs of afzetmogelijkheden betreft.

2.3. Beschouwing

(a) Toevoeging kwalificatie onnodig en onbeoogd gevolg

De toevoeging van de kwalificatie van de zwaarte van de overtreding is onnodig om andere overtredingen van de Mededingingswet dan de overtreding van het kartelverbod van art. 6 en/of het verbod op misbruik van machtspositie van art. 24 Mw buiten de beoordeling van de GVA-aanvraag te laten. Dat doel wordt namelijk al bereikt door in art. 4.7 lid 1 sub c Aanbestedingswet (alleen) te verwijzen naar beschikkingen van de ACM die zijn genomen op grond van art. 56 Mw. De ACM kan op grond van art. 56 Mw immers boetebeschikkingen afgeven voor *alleen* overtredingen van art. 6 en/of 24 Mw. Andere overtredingen van de Mededingingswet worden namelijk niet op grond van art. 56 Mw bestraft, maar hebben een andere (boete)grondslag in de Mededingingswet (en tegenwoordig ook in de Instellingswet ACM). Zo hebben de twee voorbeelden die worden genoemd in de MvT bij de Aanbestedingswet een geheel andere boetegrondslag dan art. 56 Mw.

- Het niet tijdig melden van concentraties (en/of uitvoeren van meldingsplichtige concentraties voordat goedkeuring is verleend door de ACM) wordt beboet op grond van art. 74 ten eerste Mw. Overigens is *Hengevelt* van mening dat ook deze overtreding ernstig genoeg is om als 'ernstige beroepsfout' te worden aangemerkt, op voorwaarde dat met opzet³⁷ niet is gemeld en "zeker als de concentratie op een aanbestedings- of biedingsmarkt betrekking heeft".³⁸ Die overtreding wordt volgens haar ten onrechte niet als 'ernstige beroepsfout' aangemerkt.

³⁵ NMa Richtsnoeren samenwerking ondernemingen (Stcrt. 2005, 67), par. 79 e.v. en par. 95 e.v.

³⁶ Andersom zal dat normaal gesproken geen mededingingsbeperking opleveren, ook al worden daarmee ondernemingen uitgesloten die niet aan de kwaliteitseisen voldoen; Richtsnoeren samenwerking ondernemingen, par. 88.

³⁷ Dat (kwade) opzet of nalatigheid een belangrijk criterium is bij de 'ernstige beroepsfout' wordt ook bevestigd door HvJEU 13 december 2012, C-465/11, Forposta (n.n.g.), ECLI:EU:C:2012:801, r.o. 30.

³⁸ M. Hengevelt, 'Overtreders van het mededingingsrecht bij aanbestedingen: in or out?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2012/3, p. 276, op p. 281.

- Het niet verstrekken van gevraagde gegevens kan worden beboet op grond van art. 12m lid 1 onderdeel c Instellingswet ACM (tot 1 augustus 2014 was dat art. 69 Mw)³⁹ en het verstrekken van onjuiste gegevens bij een concentratiemelding wordt beboet op grond van art. 73 Mw.

Ten tweede is een niet (expliciet) door de wetgever beoogd/voorzien gevolg van het opnemen van de kwalificatie (zeer) zware overtreding van art. 6/24 Mw als weigeringsgrond in art. 4.10 lid 1 onderdeel c en lid 2 onderdeel c Aanbestedingswet dat ondernemingen die een minder zware overtreding hebben begaan geen GVA kan worden geweigerd. In het geval van een minder zware overtreding zouden de overtreders dan 'gewoon' een GVA kunnen krijgen, terwijl dat blijkens de MvT niet de bedoeling was van het invoeren van deze toevoeging. Dat hoeft overigens niet per se *onjuist* te zijn, want wellicht is een minder zware overtreding ook niet ernstig genoeg om te worden aangemerkt als ernstige beroepsfout (zie daarover par. 2.3.c, hierna).

(b) Decentrale handhaving van art. 101/102 VWEU miskend

Uit de hiervoor geciteerde gedeeltes van art. 4.7 en 4.10 Aanbestedingswet, blijkt dat de Aanbestedingswet ervan uitgaat dat alleen de Europese Commissie overtredingen van art. 101/102 VWEU kan vaststellen in boetebeschikkingen en de ACM alleen voor overtredingen van art. 6/24 Mw. Dat was ook zo tot 1 mei 2004. Toen is bij Verordening 1/2003⁴⁰ geregeld dat ook de nationale mededingingsautoriteiten art. 101/102 VWEU mogen/moeten toepassen (de zogenoemde decentrale handhaving van het mededingingsrecht).⁴¹ Ook nationale (civiele) rechters kunnen trouwens die schending vaststellen, omdat art. 101/102 VWEU directe werking hebben.

De Aanbestedingswet miskent - mijns inziens ten onrechte - dat niet alleen de Europese Commissie overtredingen van art. 101/102 VWEU kan vaststellen, maar ook de nationale mededingingsautoriteiten van de lidstaten (inclusief de ACM⁴²) en zelfs (civiele) rechters. Het kan dus voorkomen dat in een boetebeschikking van de ACM, of een nationale mededingingsautoriteit van een andere lidstaat, of een uitspraak van een rechter een overtreding van art. 101/102 VWEU wordt vastgesteld, terwijl dat geen beoordelings- en weigeringsgrond is volgens de Aanbestedingswet. Alleen overtredingen van art. 101/102 VWEU die zijn vastgesteld door de Europese Commissie kunnen in de beoordeling worden betrokken. Bij een 'ernstige beroepsfout' gaat het evenwel om de gedraging (in dit geval de schending van de mededingingsregels). Welke autoriteit/rechter de gedraging/overtreding van art. 101/102 VWEU vaststelt is mijns inziens irrelevant. Het lijkt mij daarom onjuist dat ten aanzien van de

³⁹ Het niet verstrekken van gevraagde gegevens is dan een overtreding van de algemene bestuursrechtelijke medewerkingsplicht van art. 5:20 lid 1 Awb. Eventueel gevolgd door het opleggen van een last onder dwangsom de gegevens alsnog te verkrijgen op grond van art. 12m lid 3 Instellingswet ACM (tot 1 augustus 2014 was dat art. 70 Mw).

⁴⁰ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (Pb 2003, L1/1).

⁴¹ Zie daarover bijvoorbeeld: Europese Commissie, *Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues*. SWD(2014) 231/2; M.J. Frese, 'Handhavingsautonomie bij de Decentrale Toepassing van het EU-Mededingingsrecht', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2011, p. 200.

⁴² Op grond van art. 5 Vo. 1/2003 jo. art. 88 Mw.

overtreding van art. 101/102 VWEU alleen Commissiebeschikkingen zijn opgenomen in art. 4.7 lid 1 sub d Aanbestedingswet; daar hadden ook onherroepelijk beschikkingen van mededingingsautoriteiten van de lidstaten en/of uitspraken van rechters bij moeten staan. Het kan dan zomaar zijn dat bijvoorbeeld het *Bundeskartellamt*, de Duitse mededingingsautoriteit, een Nederlandse onderneming beboet wegens overtreding van art. 101/102 VWEU, terwijl de Europese Commissie de zaak bijvoorbeeld vanuit handhavingsperspectief/-prioriteit zelf had (door)verwezen/bewust gelaten aan het *Bundeskartellamt*. Had de Commissie die overtreding vastgesteld, was dat reden geweest voor het weigeren van een GVA, terwijl dat de boetebeschikking van het *Bundeskartellamt* geen weigeringsgrond is.

Of de ACM heeft bijvoorbeeld een gefundeerde klacht geweigerd wegens andere (handavings)prioriteiten, waardoor de klager is aangewezen op de civiele rechter. Die kan ook schendingen van art. 101/102 VWEU vaststellen (en overigens ook van art. 6/24 Mw). Die uitspraken zouden mijns inziens ook bij de beoordeling van de GVA-aanvraag moeten worden betrokken. Wie de schending vaststelt is immers irrelevant; het is de gedraging zelf die is aan te merken als 'ernstige beroepsfout'.

Overigens zal de ACM bij de toepassing van art. 101/102 VWEU in beginsel ook altijd een overtreding van art. 6/24 Mw vaststellen en maar één boete opleggen.⁴³ In dat geval kan er wel een onoplosbare situatie ontstaan bij bijvoorbeeld een overtreding van art. 6/24 Mw die als minder zwaar is gekwalificeerd, terwijl dezelfde gedraging daarnaast als overtreding van art. 101/102 VWEU wordt aangemerkt. Is die gedraging dan een ernstige beroepsfout of niet? Het antwoord is nee en ja. Maar goed, dat zal onder de nieuwe boetebeleidsregel niet meer kunnen gebeuren, omdat de kwalificatie van de zwaarte van de overtreding dan zal ontbreken.

(c) Beperkte en versnipperde invulling begrip 'ernstige beroepsfout'

De invulling van het begrip 'ernstige beroepsfout' wegens overtreding van de mededingingsregels is versnipperd over de drie verschillende bepalingen daarover in de Aanbestedingswet.

In de artikelsgewijze toelichting van de MvT bij art. 2.89 Aanbestedingswet wordt bij de 'ernstige beroepsfout' als uitsluitingsgrond *alleen* gerefereerd aan "overtredingen van de Mededingingswet". Daardoor zou het idee kunnen ontstaan dat overtredingen van de EU-rechtelijke mededingingsregels niet als 'ernstige beroepsfout' hebben te gelden. Dat lijkt mij onjuist en door de wetgever ook onbeoogd, omdat blijkens art. 4.7 Aanbestedingswet in de beoordeling van een GVA-aanvraag toch ook overtredingen van art. 101/102 VWEU worden betrokken (zij het alleen die overtredingen die door de Europese Commissie zijn vastgesteld en niet door andere mededingingsautoriteiten/rechters (zie par. 2.3.b, hiervoor)). Pas bij de artikelsgewijze toelichting op de weigeringsgronden van art. 4.10 Aanbestedingswet wordt duidelijker welke overtredingen van de mededingingsregels ernstig genoeg zijn en welke niet om als 'ernstige beroepsfout' te worden aangemerkt. Uit de hiervoor (in par. 2.1) geciteerde passage uit de MvT blijkt dat alleen

⁴³ Volgens art. 2.1 lid 2 Boetebeleidsregels ACM 2014 zal de ACM in beginsel één bestuurlijke boete opleggen voor een door haar geconstateerde overtreding van art. 6 Mw en art. 101 VWEU of art. 24 Mw en art. 102 VWEU.

(zeer) zware overtredingen van de Mededingingswet als 'ernstig' genoeg te worden beschouwd. Zo op het eerste gezicht vind ik het niet onlogisch dat de wetgever bij de invulling van het begrip 'ernstige beroepsfout' in de Aanbestedingswet heeft willen aansluiten bij de toen bestaande beleidsregel/praktijk van de ACM waarin (minder/zeer) zware overtredingen werden onderscheiden, ook al was dat onderscheid alleen bedoeld voor het vaststellen van de hoogte van de boete en niet voor het beoordelen van een GVA-aanvraag. Zoals hiervoor (in par. 2.3.a) geconstateerd berustte dat evenwel op de verkeerde premisse dat zo overtredingen van art. 6/24 Mw konden worden onderscheiden van andere overtredingen van de Mededingingswet, maar dat onderscheid werd al bereikt door naar art. 56 Mw te verwijzen. Een minder zware overtreding van art. 6/24 Mw is evenwel óók een overtreding van die bepalingen. Onbedoeld is het overigens zo vreemd nog niet om te concluderen dat minder zware overtreding niet ernstig genoeg is om als 'ernstige beroepsfout' te worden aangemerkt.

Bovendien heeft de nationale wetgever beleidsvrijheid/-ruimte bij de invulling van het begrip 'ernstige beroepsfout',⁴⁴ zij het begrensd door de eerbiediging van het Unierecht. Zo gaf het HvJEU in de *Forposta*-zaak aan dat er bij de invulling van het begrip 'ernstige beroepsfout' rekening moet worden gehouden met (kwade) opzet of nalatigheid van de gedraging.

Wat betreft het mededingingsrecht zou dan een onderscheid moeten worden gemaakt naar opzet (naast ernst). Zo kan het kartelverbod worden overtreden via zogenoemde doelbeperkingen en gevolgbeperkingen. Wanneer een gedraging (bijvoorbeeld een prijsafspraken tussen twee of meer ondernemingen) ten *doel* heeft de mededinging te beperken, is dat een *hardcore* overtreding van het kartelverbod. Wanneer een gedraging (bijvoorbeeld standardisatie/normeringsafspraken binnen een sector) *niet* ten doel heeft de mededinging te beperken, maar (uiteindelijk) wel het *gevolg/effect* van die afspraak is dat de mededinging wordt beperkt is dat ook verboden (door standardisatie kan bijvoorbeeld de ontwikkeling van concurrerende vernieuwende producten worden afgeremd).⁴⁵ Dat effect is voorshands niet altijd te voorzien en naar alle waarschijnlijkheid ook niet (opzettelijk) beoogd. Volgens *Hengevelt* is een gevolgbeperking niet aan te merken als een ernstige beroepsfout, omdat vooral de 'opzet' mist.⁴⁶ Dat lijkt mij in het licht van het *Forposta*-arrest een juiste conclusie.

Wat betreft art. 24 Mw/102 VWEU, vraagt *Hengevelt* zich af of misbruik überhaupt is aan te merken als een 'ernstige beroepsfout'. Ook bij misbruikelijke gedragingen kan sprake zijn van

⁴⁴ Zie over die beleidsruimte nader: E.R. Manunza, 'Openbare aanbesteding en corruptie', in: W.E.C.A. Valkenburg, A.A.G.J.M. de Weert (red.), *Corruptie: verschijningsvormen, opsporing, bestrijding en voorkoming, Verslag themamiddag Juristenvereniging JUVAT*, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1998, p. 77; en in relatie tot overtredingen van het mededingingsrecht als uitsluitingsgrond: E.R. Manunza, 'Is een zwarte lijst van bouwbedrijven verenigbaar met het Europees recht?', *Bouwrecht* 2003, p. 747 en meest recentelijk in: R.G.T. Bleeker, E.R. Manunza, 'De invloed van het Europees recht op het Nederlandse aanbestedingsrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann, M.H. Wissink (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht*, Deventer: Kluwer, 2014, p. 543. In overweging 101 van de considerans van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU is te lezen dat de "schending van de mededingingsregels" als ernstige beroepsfout kan worden aangemerkt.

⁴⁵ zie nader de Commissie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (Pb 2011, C11/1), par. 264.

⁴⁶ M. Hengevelt, 'Overtreders van het mededingingsrecht bij aanbestedingen: in or out?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2012/3, p. 276, op p. 282.

opzet of een vooropgezet plan de concurrentie te beperken.⁴⁷ Of de opzet bewezen is, zal dan moeten blijken uit de tekst van de boetebeschikking. In dat geval zou er wat mij betreft ook sprake zijn van een 'ernstige beroepsfout'.

De Aanbestedingswet maakt - wat mij betreft ten onrechte - geen onderscheid naar de opzettelijkheid van de overtredingen bij de uitsluitingsgronden en ook niet bij het verstrekken/weigeren van de GVA. Eventueel zou de aanwezigheid van opzet nog relevant zijn bij de proportionaliteitstoets van art. 2.88 sub c Aanbestedingswet: het uitsluiten van een (rechts)persoon die is beboet wegens een gevolgbeperking of misbruik waarvan de opzet niet is bewezen zou dan disproportioneel kunnen zijn.

3. GVA geweigerd bij boete-immuniteit wegens clementieverlening?

Per 1 augustus 2014 is, naast de nieuwe Boetebeleidsregel, ook een nieuwe Beleidsregel clementie voor de ACM van kracht geworden.⁴⁸ De eerste 'verklikker' van een kartel krijgt, onder voorwaarden, geen boete; in jargon: onder de oude regeling een 'boetevermindering van 100%' en onder de nieuwe regeling 'boete-immuniteit'. De ondernemingen die hun karteldeelname daarna (als tweede, derde, etc.) opbiechten kunnen (alleen) een lagere boetevermindering verkrijgen. Om de effectiviteit van die clementieregeling niet te frustreren, is er voor gekozen om clementieverzoekers, ondanks de opgebiechte overtreding en de 'veroordeling' door de ACM of de Commissie - naast de boetevermindering - wel een GVA te (blijven) verstrekken.⁴⁹

Wanneer art. 4.7 lid 1 onderdelen c en d Aanbestedingswet preciezer worden gelezen, valt op dat ten aanzien van clementie bij de Commissie is bepaald dat de kartelleur "boete-immuniteit of boetevermindering" moet hebben gekregen en bij clementieverlening door de ACM alleen over "boetevermindering" wordt gesproken en dus niet over "boete-immuniteit". *Damsma, Van de Meent* en *Stellingwerf Beintema* geven aan geen verklaring te hebben voor dit tekstuele verschil, maar menen dat een kartelleur die immuniteit is toegekend door de (toenmalige) NMa ook een GVA moet kunnen krijgen.⁵⁰ Wellicht is er toch wel een verklaring te vinden voor het tekstuele verschil in de Aanbestedingswet waar het de Europese en Nederlandse clementieregelingen betreft. Toen de Aanbestedingswet in werking trad zat er namelijk een verschil in de systematiek van de Europese en Nederlandse clementieregelingen. Op basis van de Nederlandse clementieregeling - die gold ten tijde van het ontwerp en de inwerkingtreding

⁴⁷ Of een vooropgezet "plan" zoals in HvJEU 3 juli 1991, C-62/86, Akzo (Jurispr. 1991, blz. I-3359), r.o. 81 en 148.

⁴⁸ Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112586, tot vermindering van geldboetes betreffende kartels (Stcrt. 2014, 19745).

⁴⁹ Voor ondernemingen die zijn beboet naar aanleiding van de zogenoemde 'bouwfraude' - of meer eufemistisch: onregelmatigheden in de bouwrijverheidssector - is zelfs een speciale clementieregeling bedacht waarbij uitsluiting van aanbestedingen diende te worden voorkomen. Tijdens de zogenoemde 'schoon schip' oproep (TK 2003-2004, 28244, nr. 64). konden zij allemaal voor 1 mei 2004 (tegelijk) clementie aanvragen en krijgen door hun 'schaduwboekhoudingen' in te leveren en deel te nemen aan speciaal voor de bouwfraude opgetuigde versnelde boeteprocedures bij de toenmalige NMa. Een Gedragsverklaring Aanbesteden kan ex art. 4.32 Aanbestedingswet niet worden geweigerd aan bouwondernemingen die weliswaar zijn beboet maar die aan die speciale procedures hebben deelgenomen.

⁵⁰ R.S. Damsma, G.W.A. van de Meent, A. Stellingwerf Beintema, 'De (nieuwe) Aanbestedingswet (Deel 2)', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2013/55, p. 361, in voetnoot 41.

van de Aanbestedingswet⁵¹ – konden kartelleurs namelijk überhaupt geen immuniteit verkrijgen van de ACM, maar 'alleen' een boetevermindering. De eerste clementieverzoeker (die aan alle overige voorwaarden voldoet) kon evenwel een boetevermindering van 100% tegemoet zien.⁵² Uiteindelijk resulteren zowel die volledige boetevermindering als immuniteit in het niet opgelegd krijgen van een boete, maar de Nederlandse clementieregeling kende dus alleen de term 'boetevermindering', terwijl de Europese clementieregeling zowel de term 'boete-immuniteit' (Hoofdstuk II) bezigt als ook de term 'boetevermindering' (Hoofdstuk III).⁵³ Die verschillen in systematiek en bewoordingen tussen de Europese en Nederlandse clementieregelingen die toen van kracht waren, verklaren wat mij betreft het verschil in de bewoordingen tussen art. 4.7 lid 1 onderdelen c en d Aanbestedingswet.

Dat tekstuele verschil in de Aanbestedingswet wordt nu weer actueel met de nieuwe Beleidsregel clementie, omdat – zoals gezegd – de eerst 'verklikker' onder voorwaarden en naar de letter van die nieuwe beleidsregel boete-immuniteit wordt verleend en geen 100% boetevermindering (meer). De nieuwe Nederlandse clementieregeling sluit nu dus aan bij de systematiek van de Europese clementieregeling, maar de Aanbestedingswet voorziet er evenwel (nog steeds) in dat – zoals gezegd – alleen ondernemingen die op grond van de clementieregeling "boetevermindering"⁵⁴ van de ACM hebben gekregen (ook) een GVA zullen krijgen, althans een GVA niet zullen worden geweigerd. Naar de letter van de Aanbestedingswet is het dan niet (meer) mogelijk een GVA af te geven aan de eerste clementieverzoeker aan wie de ACM boete-immuniteit heeft verleend.

Maar wellicht is die letterlijke uitleg wel spijkers op laag water zoeken. Allereerst is degene die boete-immuniteit verkrijgt net als diegene die 100%-boetevermindering kreeg, een onderneming die clementie verkrijgt, omdat die kartelleur de eerste verklikker was. Het initiële wetsvoorstel voorzag in de verlening van een GVA wanneer er sprake was van boetevermindering in zijn algemeenheid; ook buiten clementie om, zoals bij boetevermindering vanwege financieel onvermogen.⁵⁵ In de definitieve wettekst van de Aanbestedingswet, wordt de GVA alleen verleend ingeval van boetevermindering vanwege clementie.⁵⁶ Uit die wijziging zou mijns inziens de bedoeling van de wetgever af te lezen zijn: aan hen die clementie is verleend, wordt de GVA *niet* geweigerd. Of aan diegene aan wie clementie is verleend dan boete-immuniteit of 100% (of minder) boetevermindering is verleend, is dan niet meer relevant. Met andere woorden: teleologisch geïnterpreteerd gaat het primair om de clementieverlening *an sich* en niet om de hoogte van de boetevermindering wegens de verkregen clementie.⁵⁷

⁵¹ Clementieregeling 2009 (Stcrt. 2009, 14078) van kracht per 1 oktober 2009 tot 25 april 2013, terwijl het voorstel van de Aanbestedingswet op 12 juli 2010 aan de Tweede Kamer werd aangeboden (TK 2009-2010, 32.440, nr. 1) en de Aanbestedingswet op 1 april 2013 in werking trad (Stb. 2013, nr. 57). De Clementieregeling 2009 is vervangen door de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM (Stcrt. 2013, nr. 11214), die golden tot augustus 2014.

⁵² Art. 3 Clementieregeling 2009 en art. 2.21 Boetebeleidsregels 2013.

⁵³ Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (Pb 2006, C298/17).

⁵⁴ Art. 4.7 lid 1 sub c Aanbestedingswet.

⁵⁵ Art. 4.7 lid 1 sub c van het wetsvoorstel (TK 2009-2010, 32.440, nr. 2).

⁵⁶ Nota van wijziging van 28 maart 2011 (TK 2010-2011, 32.440 nr. 11, p. 21).

⁵⁷ Dit in tegenstelling tot de (uiteindelijk niet aangenomen) eerdere Aanbestedingswet en het daarbij behorende Besluit Aanbestedingen. In de beoordeling van de integriteitsverklaring aanbesteden (zoals de GVA werd

Daarnaast zijn er ook redenen om de terminologie "boetevermindering op grond van clementie" in art. 4.7 lid 1 onderdeel c Aanbestedingswet te interpreteren als zowel "boetevermindering" als ook "boete-immuniteit" in de zin van de nieuwe Beleidsregel clementie. In de Clementieregeling 2009 die van toepassing was toen de Aanbestedingswet werd ontworpen en van kracht stond achter de term "boetevermindering van 100%" een voetnootverwijzing, waar in de voetnoot stond dat een "boetevermindering van 100%" voor 2009⁵⁸ werd aangeduid als "boete-immuniteit"; het betreft dan een synoniem. Daarnaast definieert art. 1 Beleidsregel clementie dat boete-immuniteit "een boetevermindering van 100%" is; ook dat zou kunnen worden gelezen als een synoniem. Diezelfde bepaling definieert dat clementie "de verlening van boete-immuniteit of boetereductie" is.⁵⁹

Dat zijn wellicht voldoende redenen om te concluderen dat de verandering van de systematiek van de clementieregeling van de ACM er niet voor zal zorgen dat een GVA zal kunnen worden geweigerd aan de (eerste) 'verklikker' aan wie boete-immuniteit is verleend. Toch is er bij het ontwerp en aanneming van de Aanbestedingswet – naar het zich laat aanzien – rekenschap gegeven van het ontbreken van boete-immuniteit in de Nederlandse clementieregeling, getuige het verschil in terminologie in art. 4.7 lid 1 onderdelen c en d Aanbestedingswet; bij de Commissie wel boete-immuniteit en bij de ACM niet. Dat zou mijns inziens een vingerwijzing of 'aanmoediging' zijn voor een letterlijke interpretatie.

Wat hier ook van zij, wat mij betreft zouden in het licht van de effectiviteit van de clementieregeling de gevolgen voor de clementieverzoeker op voorhand zo helder mogelijk moeten zijn. Het verkrijgen van een GVA zou dan ook van alle twijfel verheven moeten zijn en de bovenstaande gesignaleerde *mismatch* draagt daar niet aan bij. Zolang er geen kwalificatie van de zwaarte van de overtreding in de boetebeschikking staat dat aan de clementieverzoeker is gericht, zal de GVA aanvraag overigens hetzelfde lot zijn beschoren als die van de overige beboete kartelleurs. Zonder kwalificatie van de zwaarte van de overtreding is er geen weigeringsgrond en is boetevermindering of -immuniteit niet relevant.

4. In de toekomst handelen naar letter of geest van de Aanbestedingswet?

Nu de Boetebeleidsregel ACM 2014 en de Aanbestedingswet per 1 augustus jl. niet meer op elkaar aansluiten, voorzie ik – voor zover ik nu kan overzien – vier mogelijke scenario's wat er zou kunnen gaan gebeuren met GVA-aanvragen van overtreders van art. 6/24 Mw.

genoemd in dat eerdere wetsvoorstel) zouden in de beoordeling alleen boetes van meer dan EUR 0,- worden betrokken, zodat alleen de eerste clementieverzoekers die boete-immuniteit of 100%-boetevermindering hadden gekregen wel een verklaring zouden krijgen; art. 50 onderdeel a en art. 51 onderdeel b Besluit Aanbestedingen (concept van 18 april 2008, EK 2007-2008, 30501, nr. E) jo. art. 19 lid 7 onderdeel b van de (uiteindelijk niet aangenomen) Aanbestedingswet (TK 2005-2006, 30501, nr. 2) en de Nota van Toelichting bij het Besluit Aanbestedingen, par. 2.3.3 (concept van 18 april 2008, EK 2007-2008, 30501, nr. E).

⁵⁸ Onder de Richtsnoeren Clementie van de raad (Stcrt. 2007, 196).

⁵⁹ Ook "boetevermindering" als zodanig wordt niet meer verleend aan de clementieverzoeker, maar boetereductie. Boetereductie is op haar beurt weer gedefinieerd als "een boetevermindering van ten hoogste 50%" (art. 1 van de Clementie beleidsregels 2014). Ook daar loopt het spaak, als de Aanbestedingswet letterlijk moet worden geïnterpreteerd.

a. Toch nog boetbeschikkingen met kwalificatie door de ACM?

Het is niet zo dat de ACM met de nieuwe boetesystematiek niet over de zwaarte van de overtreding hoeft te oordelen. Uiteindelijk zal zij dat moeten doen teneinde de hoogte van de (basis)boete te bepalen. De zwaarte van de overtreding komt dan tot uitdrukking in de hoogte van het percentage van de betrokken omzet om de basisboete te bepalen; hoe zwaarder de inbreuk, hoe hoger dat percentage (van 0-50%).⁶⁰

"De bepaling van het percentage is vereenvoudigd ten opzichte van de boetebeleidsregels 2013, maar betekent geen materiële wijziging. In het vorige systeem werd eerst de basisboete berekend door 10% van de betrokken omzet te nemen en deze vervolgens te vermenigvuldigen met een ernstfactor (E). De ernstfactor kon een waarde hebben tussen 0 en 5. Ook op basis van de boetebeleidsregels 2013 bedroeg de basisboete derhalve tussen 0 en 50% van de betrokken omzet. Een dergelijke aparte weging van de abstracte en concrete ernst van de te beboeten gedragingen (een theoretisch onderscheid tussen 'zwaarte' en 'ernst' van de overtreding) had in de praktijk weinig toegevoegde waarde en is daarom in de onderhavige beleidsregel vervallen. Beide aspecten kunnen worden meegewogen bij het bepalen van het percentage van de betrokken omzet dat als basisboete wordt gehanteerd zonder deze afzonderlijk te kwalificeren. De ernst en omstandigheden waaronder de overtreding gepleegd is, komen in het percentage tot uitdrukking doordat de ACM gewicht toekent aan:

- de aard van de overtreding; hieronder wordt mede begrepen de mate waarin de belangen die de overtreden bepaling beoogt te beschermen zijn of kunnen worden geschaad;*
- de omvang en bijzondere kenmerken van de markt waarin de overtreding is begaan;*
- de mate van marktmacht van de overtreder(s);*
- de aard van de betrokken producten of diensten;*
- de mate waarin voordeel kon worden verkregen dan wel de mate van de weerslag op de economie die de overtreding in potentie kon hebben of feitelijk heeft gehad."*⁶¹

Het lijkt mij binnen deze systematiek van de nieuwe boetebeleidsregel zeker nog wel uitvoerbaar om toch ook in een 'art.-56-boetebeschikking' gebaseerd op de nieuwe boetebeleidsregel overtredingen expliciet te blijven kwalificeren naar zwaarte en daarna het percentage vast te stellen. De ACM zou dan op 'vrijwillige' basis en slechts ten behoeve van de beoordeling/weigering van een GVA-aanvraag in haar boetebeschikkingen de mededingingsbeperkende gedraging nog steeds kunnen kwalificeren als (minder/zeer) zware overtreding. Dit zou evenwel kunnen afstuiten op het rechtszekerheidsbeginsel (zie par. 5, hierna), omdat de kwalificatie van de zwaarte van de overtreding in één van de categorieën (minder zwaar, zwaar of zeer zwaar) als zodanig niet is opgenomen in de beleidsregel.

⁶⁰ Op grond van art. 2.4 Boetebeleidsregel ACM 2014.

⁶¹ Toelichting bij de Boetebeleidsregel ACM 2014, Stcrt. 2014, 19776, p. 24.

Probleem is evenwel dat blijkens de hiervoor geciteerde toelichting men met de nieuwe boetebeleidsregel juist afwil van het "theoretisch onderscheid tussen 'zwaarte' en 'ernst' van de overtreding" met de expliciete kwalificatie van de overtreding in drie zwaartecategorieën, terwijl de 'ernst' moet worden uitgedrukt in een percentage van 0-50% (voorheen in een ernstfactor van 1-5 (vermenigvuldigd met de basisboete van 10% van de betrokken omzet). Het lijkt mij toe dat het de wens/wil van de ACM is om overtredingen juist niet meer expliciet te hoeven kwalificeren naar zwaarte en de zwaarte van de overtreding 'slechts' in een percentage hoeft te worden uitgedrukt. Vanuit dat oogpunt komt het mij daarom onlogisch voor dat de ACM in 'art.-56-boetebeschikking' gebaseerd op de nieuwe boetebeleidsregel overtredingen expliciet (zal) blij(ft)(ven) kwalificeren naar zwaarte.

b. Elke overtreder een GVA

Aangezien de kwalificatie van de zwaarte van de overtreding niet meer nodig – en zoals hiervoor bleek: ongewenst – is voor de toepassing van de nieuwe boetebeleidsregels, vraag ik mij af of de ACM die kwalificaties in de toekomst⁶² überhaupt nog wel gaat geven bij 'art.-56-boetebeschikkingen', omdat dat bij de toepassing van de nieuwe boetebeleidsregels niet meer is voorgeschreven.

Een vergelijkbaar scenario heeft zich afgespeeld bij de Europese Commissie. Volgens de oude boeterichtsnoeren uit 1998⁶³ die golden tot 1 september 2006 diende een vergelijkbare kwalificatie van de zwaarte van de inbreuk plaats te vinden.⁶⁴ Met de inwerkingtreding van de huidige richtsnoeren in 2006 verviel die kwalificatie.⁶⁵ Waar bijvoorbeeld het zogenoemde gasgeïsoleerde schakelaarkartel nog werd gekwalificeerd als een zeer zware inbreuk,⁶⁶ wordt de zwaarte van de inbreuk nu alleen uitgedrukt in de hoogte van het percentage van de betrokken omzet om de basisboete te bepalen; hoe zwaarder de inbreuk, hoe hoger het percentage, maar zonder daar expliciet de kwalificatie van (minder/zeer) zware overtreding aan te (hoeven) verbinden.⁶⁷ Als de ACM – in navolging van de Commissie – in de toekomst geen expliciete kwalificatie van de zwaarte van de overtreding meer geeft in haar boetebeschikkingen, maar alleen een hoger percentage naarmate de inbreuk zwaarder is, zou er naar de letter van de Aanbestedingswet geen grondslag (meer) zijn de GVA te weigeren aan overtreders van art. 6/24 Mw, simpelweg omdat de kwalificaties zwaar en zeer zwaar ontbreken. In dat geval zou aan iedere door de ACM

⁶² Volgens art. 4.1 Boetebeleidsregel ACM 2014 blijven de oude Boete beleidsregels van toepassing op overtredingen waarvan een zogenoemd rapport is opgemaakt vóór 31 juli 2014. In dat rapport (in de zin van art. 5:48 Awb) wordt de overtreding beschreven en wordt aangeduid welke wetsbepaling zou zijn overtreden. In het rapport wordt de boete niet vermeld. Dat is pas bij het eventuele boetebeschikking het geval.

⁶³ Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (Pb 1998, C9/3).

⁶⁴ "Aldus worden de inbreuken in drie grote categorieën ingedeeld: niet te ernstige, zware en zeer zware inbreuken"; par. 1.A van die richtsnoeren uit 1998.

⁶⁵ Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (Pb 2006, C 210/2).

⁶⁶ Beschikking van de Commissie van 24 januari 2007 in zaak COMP/38.899 - Gas Insulated Switchgear (Pb 2008, C5/7), par. 479. Weliswaar was de beschikking van na 1 september 2006, maar de toepassingsdatum van de nieuwe of oude boeterichtsnoeren werd bepaald aan de hand van de datum van de verzending van de punten van bezwaar (te vergelijken met het Nederlandse Rapport): voor of na 1 september 2006 (par. 38, Boeterichtsnoeren 2006).

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld de Beschikking van de Commissie van 10 juli 2013 in zaak COMP/ 39.748 - Automotive wire harnesses, par. 141-144.

'veroordeelde' onderneming voor overtreding van art. 6 en/of 24 Mw op verzoek een GVA moeten worden verstrekt, ondanks de 'art.-56-boetebeschikking'.

Dan is het allicht wachten op 'reparatie' van de Aanbestedingswet door uit art. 4.10 lid 1 sub c en lid 2 sub c Aanbestedingswet de zinsnede te schrappen "*waarin de overtreding wordt aangemerkt als zwaar of zeer zwaar*". Zoals in par. 2.1, hiervoor, reeds geconcludeerd, was die toevoeging toch al overbodig om 'art.-6-en/of-24-Mw-overtredingen' te onderscheiden van andere overtredingen van de Mededingingswet en is die reparatie welkom.

c. Geen GVA in de geest van de wet

In een derde mogelijk scenario zou de Minister van Veiligheid en Justitie, bij gebreke van een kwalificatie van de zwaarte van de overtreding in de 'art.-56-boetebeschikking', kunnen handelen naar de bedoeling van de wetgever. Blijkens de MvT bij de Aanbestedingswet was de toevoeging van de zwaarte overtreding in de wettekst alleen ingegeven om 'art.-6-en/of-24-Mw-overtredingen' te onderscheiden van andere overtredingen van de Mededingingswet. Zoals bovenstaand reeds geconcludeerd, is de verwijzing in art. 4.7 lid 1 sub c Aanbestedingswet naar art. 56 Mw reeds voldoende om alleen overtreders van de 'hoofdzondes' van de Mededingingswet een GVA te weigeren. Daarvoor was de toevoeging van de kwalificatie van de zwaarte overtreding overbodig. Naar de geest van de wet zouden alle geadresseerden van een 'art.-56-boetebeschikking' een GVA moeten worden geweigerd, tenzij *clementie/boetevermindering* is verleend (zie par. 3, hiervoor). Ook dit scenario zou evenwel kunnen afstuiten op het rechtszekerheidsbeginsel (zie par. 5, hierna), omdat de Aanbestedingswet de kwalificatie van de zwaarte van de overtreding expliciet vereist en de boetebeleidsregel daar niet (meer) in voorziet.

d. Minister kwalificeert overtreding zelf (achteraf)

Tot slot acht ik het niet ondenkbaar dat de Minister van Veiligheid en Justitie 'eigenhandig' over zou kunnen gaan tot kwalificatie van de zwaarte van de door de ACM geconstateerde overtreding. De is misschien wel een praktische oplossing, maar vraag ik mij af of die Minister de expertise heeft en bovenal bevoegd is de overtreding zelf te kwalificeren. Bovendien gaat de tekst van de Aanbestedingswet⁶⁸ er – wat mij betreft logischerwijs – van uit dat de kwalificatie van de zwaarte van de overtreding door de ACM geschiedt in de 'art.-56-boetebeschikking' zelf en niet nog eens achteraf door die Minister. Daarom zou ook dit scenario kunnen afstuiten op het rechtszekerheidsbeginsel (zie par. 5, hierna).

5. Rechtszekerheidsbeginsel

Het eerste hierboven geschetste scenario waarin iedere overtreder van de Mededingingswet zonder meer een GVA krijgt, zal voor de overtreder louter positief zijn en niet op gespannen voet staan met de door het rechtszekerheidsbeginsel vereiste kenbaarheid en voorzienbaarheid. Het is hooguit een probleem wanneer andere (niet-beboete) inschrijvers op een aanbesteding vinden dat de beboete inschrijver zal moeten worden uitgesloten, terwijl er wél een GVA is

⁶⁸ Art. 4.10 lid 1 sub c en lid 2 sub c Aanbestedingswet jo. art. 4.7 lid 1 sub c Aanbestedingswet.

afgegeven; materieel ten onrechte, maar formeel juist, vanwege de mismatch tussen de nieuwe boetebeleidsregel en de Aanbestedingswet. Dat (niet onbelangrijke) probleem zal ik hier verder niet uitwerken.

In de andere drie hierboven geschetste scenario's kan een GVA nog wel worden geweigerd, omdat dat in de geest van de wet is, dan wel omdat de overtreding – in weerwil van de nieuwe boetebeleidsregel – toch nog wordt gekwalificeerd naar zwaarte door de ACM, respectievelijk de Minister van Veiligheid en Justitie. Die drie gevallen zouden mijns inziens op gespannen voet kunnen staan met het rechtszekerheidsbeginsel. Er zijn in dit geval twee bronnen van het rechtszekerheidsbeginsel waarmee de verhouding wellicht gespannen is. Ten eerste het rechtszekerheidsbeginsel dat moet worden gerespecteerd wanneer het om een *criminal charge* gaat in de zin van het EVRM (zie par. 5.1). Ten tweede kan onder het nationale bestuursrecht een besluit gaan 'wankelen' als er geen voldoende duidelijke wettelijke basis is (zie par. 5.2). Beide vormen van het rechtszekerheidsbeginsel zullen hierna worden besproken.

5.1. Weigering GVA en uitsluiting *criminal charge*?

Beargumenteerde zou kunnen worden dat het weigeren van de GVA aan overtreders van art. 6/24 Mw een wettelijke basis mist, nu de Aanbestedingswet een kwalificatie van de zwaarte vereist, terwijl de nieuwe boetebeleidsregel niet (meer) in die kwalificatie voorziet. Daarmee is de weigeringsgrond dan niet voorzienbaar/kenbaar. Aan het tweede deel van het beginsel *nulla poena sine lege* is dan voldaan, omdat er een (letterlijke) wettelijke basis ontbreekt. Het eerste deel van het beginsel gaat er evenwel vanuit dat er sprake is van een bestraffing, of *criminal charge* in de zin van het EVRM. De vraag is dan of het weigeren van een GVA in combinatie met de uitsluiting van een aanbesteding als *criminal charge* heeft te gelden. Bepalend is dan het antwoord op de vraag of de uitsluiting een (bijkomende) straf is - naast de mededingingsrechtelijke beboeting. De mededingingsrechtelijke boete is door het EHRM reeds aangemerkt als *criminal charge*, ondanks de nationale bestuursrechtelijke kwalificatie van de boete.⁶⁹ Of betreft de uitsluiting slechts een integriteitsoordeel, waarbij een aanbestedende dienst niet geacht wordt in zee te gaan met onethische (rechts)personen? Alhoewel het één (straf) het ander (integriteitsoordeel) niet hoeft uit te sluiten.⁷⁰

Het EHRM oordeelde in de *Bingöl*-zaak⁷¹ dat de integriteitsbeoordeling onder de Wet Bibob *niet* had te gelden als een *criminal charge* in de zin van het EVRM. Het oordeelde dat het betrekken van een bestaand strafblad door de bevoegde autoriteiten bij de beoordeling van 'voorwaarden van rechtschapenheid' die zijn vereist voor een bepaald doel en het dientengevolge weigeren van een vergunning⁷² niet hebben te gelden als een *criminal charge*.

⁶⁹ Ongeacht het bestuursrechtelijke karakter van de mededingingsboete, is die aangemerkt als een *criminal charge* in de zin van het EVRM: eerst door de Commissie (ECRM, 30 mei 1991, *Société Stenuit t. Frankrijk*, nr. 11598/85, par. 66) en later bevestigd door het Hof (EHRM, 23 November 2006, *Jussila t. Finland*, nr. 73053/01, par. 43).

⁷⁰ In het kader van de Wet Bibob en integriteitsbeoordeling merkte *De Moor - van Vugt* op dat "[d]e lijn tussen preventie en repressie vloeiend [is]. De (...) integriteitsbeoordelingen [onder zowel onder de wet Bibob als de Aanbestedingswet; WG] hebben ten doel om criminele activiteiten zo veel mogelijk tegen te gaan en te blokkeren"; *A. De Moor - van Vugt*, 'Onder het mom van integriteit', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht / NTB* 2012, p. 65.

⁷¹ EHRM, 20 maart 2012, *Murat Bingöl t. Nederland*, nr. 18450/07.

⁷² Onder verwijzing naar EHRM, 30 November 1999, *McParland t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 47898/99.

Zonder hier een uitvoeriger analyse van de jurisprudentie van het EHRM te maken, lijkt het mij op het eerste gezicht toe dat de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgrond van 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet wegens het ontbreken/geweigerd zijn van een GVA na de overtreding van art. 6/24 Mw, naar analogie van de *Bingöl*-zaak, eveneens niet als *criminal charge* heeft te gelden. Overigens zal dat uiteindelijk ter interpretatie van het HvJEU zijn, aangezien de uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' een omzetting is van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.⁷³

Omdat uitsluiting geen *criminal charge* is, is het rechtszekerheidsbeginsel uit het EVRM dan niet van toepassing.

5.2. Weigering GVA onder het bestuursrecht

Alhoewel er volgens *Voermans* geen eenduidige definitie van het legaliteitsbeginsel / wetmatigheidsbeginsel / beginsel van wettelijke grondslag te geven is (en de definitie daarvan buiten de orde van deze bijdrage),⁷⁴ beschrijft hij in een preadvies dat het legaliteitsbeginsel onder andere vereist dat er "*voldoende specifieke en duidelijke wettelijke basis*" voor een besluit dient te zijn om niet te worden vernietigd door de bestuursrechter.⁷⁵ Als de wettelijke eisen niet voldoende kenbaar/duidelijk zijn, kan dat aanleiding voor vernietiging van het besluit zijn wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.

Wanneer de Minister van Veiligheid en Justitie in de geest van de wet een GVA weigert aan (rechts)personen aan wie een onherroepelijke boetebeschikking is geadresseerd wegens overtreding van art. 6/24 Mw zonder dat daarin de zwaarte van de overtreding is gekwalificeerd, handelt die Minister in strijd met de wettekst van art. 4.10 lid 1 sub c en lid 2 sub c Aanbestedingswet. In dat geval vraag ik mij af of wordt voldaan aan het rechtszekerheidsbeginsel, aangezien de wettekst de kwalificatie expliciet vereist, ongeacht of dit – gezien het doel – ten onrechte is of niet.

In de overige twee mogelijke scenario's voorzag ik toch een kwalificatie, hetzij door de ACM, hetzij door de Minister van Veiligheid en Justitie (voor wie het ontbreken van een wettelijke bevoegdheid tot kwalificatie al kan afstuiten op het rechtszekerheidsbeginsel. Daarnaast wijkt kwalificatie af van de nieuwe boetebeleidsregel, waarin volgens de toelichting juist expres is afgezien van de kwalificatie van de zwaarte van de overtreding. Juist dat aspect maakt het mijns inziens onvoldoende kenbaar/duidelijk voor de beboete (rechts)persoon dat zijn overtreding alsnog gekwalificeerd wordt ten behoeve van de (eventuele) aanvraag van een GVA. Dat druist dan ook in tegen het rechtszekerheidsbeginsel. Weliswaar komt de ACM een beoordelingsvrijheid toe waar het gaat om het opleggen van boetes, maar wordt die

⁷³ Bij interpretatie van art. 45 lid 2 onderdeel d van de Algemene Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG, die wordt vervangen door art. 57 lid 4 onderdeel c van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (Pb 2014, L 94/65) in het licht van art. 49 lid 1 van het EU Grondrechtenhandvest.

⁷⁴ W.J.M. Voermans, *Legaliteit als middel tot een doel – preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 7.

⁷⁵ Voermans, a.w., p. 30.

bevoegdheid beperkt door de precisering van de boetetoemeting in een boetebeleidsregel die juist de transparantie en rechtszekerheid vergroot.⁷⁶

6. Conclusie: wetgever herstel de weeffout

Ingeval een (rechts)persoon onherroepelijk is beboet door de ACM wegens overtreding van art. 6/24 Mw kan de Minister van Veiligheid en Justitie een GVA op grond van art. 4.10 lid 1 sub c en lid 2 sub c Aanbestedingswet alleen weigeren wanneer er de overtreding is gekwalificeerd als een (zeer) zware overtreding. De nieuwe Boetebeleidsregel ACM 2014 ziet – volgens de toelichting – juist met opzet af van de kwalificatie van de 'zwaarte' van de overtreding naast de mate van de 'ernst' van de overtreding die tot uitdrukking komt in de uiteindelijke hoogte van de boete; het (theoretische) onderscheid tussen zwaarte en ernst wordt niet (meer) wenselijk geacht. Derhalve verwacht ik dat de ACM geen boetebeschikkingen meer wenst af te geven met een kwalificatie van de zwaarte van de overtreding. In dat geval zal naar de letter van de Aanbestedingswet geen GVA (meer) kunnen worden geweigerd aan overtreders van art. 6/24 Mw; het is daarbij dan irrelevant of zij bij clementieverlening 100%-boetevermindering of boete-immuniteit hebben verkregen of niet. Mocht de ACM of de Minister van Veiligheid en Justitie ten behoeve van de GVA-aanvraag toch (nog) overgaan tot kwalificatie van de overtreding zou dat bestuursrechtelijk kunnen afstuiten op het rechtszekerheidsbeginsel, wegens gebrek aan kenbaarheid en voorzienbaarheid: de Boetebeleidsregel ACM 2014 voorziet daar niet in (en ziet daar juist zelfs vanaf), respectievelijk die Minister heeft geen wettelijke bevoegdheid dat te doen.

Met de toevoeging in de Aanbestedingswet dat de overtreding als (zeer) zwaar moet zijn gekwalificeerd, was beoogd andere overtredingen van de Mededingingswet dan 'art.-6-en/of-24-Mw-overtredingen' uit te sluiten bij de beoordeling van een GVA-aanvraag. In de geest van de Aanbestedingswet zouden daarom alle overtreders van art. 6/24 Mw dan een GVA moeten worden geweigerd, uitgezonderd hen aan wie clementie is verleend. Ook dat stuit allicht af op het rechtszekerheidsbeginsel wegens gebrek aan kenbaarheid en voorzienbaarheid. Door in art. 4.7 lid 1 sub c Aanbestedingswet naar art. 56 Mw te verwijzen, dat de boetegrondslag voor de ACM vormt bij alleen 'art.-6-en/of-24-Mw-overtredingen', wordt evenwel al bewerkstelligd dat andere overtredingen van de Mededingingswet dan 'art.-6-en/of-24-Mw-overtredingen' niet worden meegenomen bij de beoordeling van de GVA-aanvraag. Om de genoemde onzekerheid en onduidelijkheid bij alle partijen in dit proces (de ACM, de Minister van Veiligheid en Justitie, de GVA-aanvrager, de aanbestedende dienst en alle andere inschrijvers) weg te nemen, kan de wetgever daarom eenvoudig volstaan met het schrappen van de zinsnede "*waarin de overtreding wordt aangemerkt als zwaar of zeer zwaar*" uit art. 4.10 lid 1 sub c en lid 2 sub c Aanbestedingswet. Daarmee wordt de bedoeling van de wetgever gerespecteerd en wordt de onduidelijkheid die door de Boetebeleidsregel ACM 2014 wordt gecreëerd weggenomen. Als in de toekomst de geschrapte kwalificatie van de zwaarte van de overtreding eventueel weer zou worden

⁷⁶ Zie ter vergelijking dezelfde overweging ten aanzien van de boeterichtsnoeren van de Commissie ; Gerecht, 5 april 2006, T-279/02, Degussa/Commissie, r.o. 82, ECLI:EU:T:2006:103

(her)ingevoerd, zou de Aanbestedingswet dan niet worden geraakt. De Aanbestedingswet zou daarmee minder gevoelig worden voor wijzingen van boetebeleidsregels. Ook de gevoeligheid voor wijziging van de clementiebeleidsregels zou er dan moeten worden uitgehaald. Hoog tijd om deze weeffout uit de Aanbestedingswet te halen.

Nu de nieuwe Boetebeleidsregel ACM 2014 een weeffout blootlegt die (eenvoudig) gerepareerd kan worden zou dat overigens ook een goede aanleiding kunnen zijn voor de wetgever om het aanbestedingsrechtelijke begrip 'ernstige beroepsfout' wegens overtreding van de mededingingsregels nader/beter in te kleuren met de verschillende overtredingen die het mededingingsrecht kent. Nu wordt in de artikelsgewijze toelichting bij de 'ernstige beroepsfout' als uitsluitingsgrond in de MvT alleen gerefereerd aan "overtredingen van de Mededingingswet", waardoor de overtreding van de EU-rechtelijke regels niet als 'ernstige beroepsfout' zouden hebben te gelden; en dat was juist niet de bedoeling, getuige het feit dat die overtredingen wel worden meegenomen in de beoordeling van een GVA-aanvraag. Daarnaast worden alleen overtredingen van art. 101/102 VWEU die door de Europese Commissie worden geconstateerd meegenomen in de beoordeling van een GVA-aanvraag. Dezelfde overtreding kan worden geconstateerd door de ACM, een nationale mededingingsautoriteit van een andere lidstaat of door een (civiele) rechter. Daar kan dan vreemd genoeg geen rekening mee kan worden gehouden in die beoordeling, terwijl het dezelfde gedraging is (en dus net zo ernstig als beroepsfout). Tot slot zou de wetgever een nadere beschouwing kunnen geven van bijvoorbeeld overtredingen van het kartelverbod dat doelbeperkingen wel ernstig genoeg zijn en gevolgbeperkingen niet om als ernstige beroepsfout te worden aangemerkt, omdat bij de laatste juist opzet mist, zoals vereist door het HvJEU in de *Forposta*-zaak. Weliswaar wordt dan weer een kwalificatie van de zwaarte van de overtreding ingevoerd, maar dan met een juiste reden: welke opzettelijke overtreding van de mededingingsregels is ernstig genoeg om te worden aangemerkt als 'ernstige beroepsfout'? Met de omzetting van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen zal de Aanbestedingswet ongetwijfeld toch gaan worden gewijzigd; kan deze weeffout meteen worden gerepareerd.